

Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2007

*Astrid Epiney, Freiburg i.Ue.**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2006, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2008, S. 736-746. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Der vorliegende Beitrag will – im Anschluss an den vorherigen Bericht in der NVwZ (NVwZ 2007, 1012 ff.) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2007 und damit auch die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union geben. Thematisch erfolgt eine Beschränkung auf institutionelle Aspekte, das „europäische Verwaltungsrecht“, die Grundfreiheiten (mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit sowie spezifisch steuerrechtlicher Aspekte) sowie das Gleichstellungsrecht.¹ Der Akzent liegt auf der Zusammenfassung der neueren Entwicklungen und ggf. einer kurzen Kommentierung, während auf bibliographische Hinweise weitgehend verzichtet wird. Weiter wird keine Vollständigkeit angestrebt, sondern es werden nur ausgewählte Urteile berücksichtigt.

I. Institutionen und Rechtsordnung²

1. Kompetenzen und Rechtsetzung³

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg i.Ue. Herrn Rechtsassessor *Robert Mosters* sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts gedankt.

¹ Das bislang noch mit behandelte Umweltrecht wird nicht mehr erörtert. S. insoweit die jährlichen Berichte über die das Umweltrecht betreffenden Urteile des *EuGH* von *Epiney* in der Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (vgl. EurUP 2007, 70 ff.; die Übersicht für das Jahr 2007 soll im Heft 2/2008 erfolgen).

² S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch *EuGH*, Rs. C-80/06, EuZW 2007, 545 – *Carp Snc* (Übertragung des Grundsatzes, dass Einzelne sich gegenüber anderen Einzelnen nicht auf nicht umgesetzte Richtlinienbestimmungen berufen können, auf an Mitgliedstaaten gerichtete Entscheidungen); *EuGH*, Rs. C-161/06, Urt. v. 11.12.2007 – *Skoma-Lux*: Falls eine gemeinschaftliche Verordnung in einer der Sprachen der neuen Mitgliedstaaten nicht ordnungsgemäß im Amtsblatt veröffentlicht ist, kann sie für den Einzelnen in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Pflichten erzeugen, auch wenn dieser von der Verordnung auf anderem Weg Kenntnis erlangt hat. Hieran ändere auch der Grundsatz der Effektivität nichts.

³ S. sodann *EuGH*, Rs. C-273/04, Urt. v. 23.10.2007 – *Polen/Rat*: Beschränkung der dem Rat in den Beitrittsverträgen eingeräumten Kompetenzen auf die „erforderlichen Anpassungen“, so dass weder der Anwendungsbereich einer Bestimmung der Beitrittsakte noch eine wesentliche Änderung ihres Inhalts bewirkt werden dürfe, sondern es nur um Anpassungen gehen dürfe, die die innere Übereinstimmung der Beitrittsakte mit den von den Gemeinschaftsorganen in der Zeit zwischen der Unterzeichnung der Beitrittsakte und dem Beitritt selbst erlassenen neuen Bestimmungen gewährleisten sollen. *EuGH*, Rs. C-403/05, Urt. v. 23.10.2007 – *EP/Kommission*: Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission, die sich nicht an den Rahmen der Grundverordnung hielt (verfolgt wurde ein Ziel im Bereich der Bekämpfung des Terrorismus und der internationalen Kriminalität, dies aber auf der Grundlage einer Verordnung, die die Entwicklungszusammenarbeit betraf). *EuG*, Rs. T-362/04, Urt. v. 31.1.2007 – *Minin/Kommission* (Rechtmäßigkeit der Rechtsakte der EG, durch die bestimmte Sanktionen der Vereinten Nationen umgesetzt wurden, s. zur vorherigen Rechtsprechung *Epiney*, NVwZ 2006, 1244 (1245). Zur Auslegung der gemeinschaftlichen Verordnung betreffend „Einfrieren“ von Geldern *EuGH*, Rs. C-117/06, Urt. v. 11.10.2007 – *Möllendorf*. *EuGH*, Rs. C-305/05, Urt. v. 26.6.2007 – *Ordre des barreaux francophones u.a.*: Vereinbarkeit der RL 91/308 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zweck der Geldwäsche (ABl. 1991 L 166, 77) mit dem Recht auf ein faires Verfahren, wie es in Art. 6 EMRK und Art. 6 Abs. 2 EU gewährleistet ist.

In der Rs. C-303/05⁴ stellte der *EuGH* die Vertragskonformität des Rahmenbeschlusses über den europäischen Haftbefehl⁵ fest: Erstens decke Art. 34 Abs. 2 lit. b EU den Erlass des streitigen Rahmenbeschlusses, da es sich um rechtsangleichende Maßnahmen – wie von dieser Bestimmung vorausgesetzt – handle und kein Grund ersichtlich sei, dass sich die Rahmenbeschlüsse nur auf die Angleichung der Rechtsvorschriften im Bereich des Strafrechts (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. e EU) beziehen könnten. Ebenso wenig sei ein Grund ersichtlich, warum die in dem Rahmenbeschluss geregelten Fragen eher in ein Übereinkommen (vgl. Art. 34 Abs. 2 lit. d EU) hätten gefasst werden sollen, stehe dem Rat doch in Bezug auf die Wahl der Handlungsform ein Ermessensspielraum zu. Zweitens verstoße die für das Instrument des Europäischen Haftbefehls zentrale Abschaffung der Überprüfung der doppelten Strafbarkeit bei gewissen Kategorien von Straftaten nicht gegen die Grundsätze der Gleichheit und Nichtdiskriminierung oder gegen das Legalitätsprinzip. In Bezug auf Letzteres stellt der *EuGH* darauf ab, dass sich die genaue Tragweite des im Rahmenbeschluss enthaltenen Straftatenkatalogs letztlich aus dem jeweiligen nationalen Recht ergebe, so dass dem Legalitätsprinzip Rechnung getragen sei. Das Diskriminierungsverbot sei schon deshalb nicht verletzt, weil es um bestimmte, besonders schwere Straftaten gehe, für die eine „Sonderbehandlung“ vertretbar sei. Das Urteil überrascht zunächst aufgrund seiner apodiktischen Kürze, insbesondere soweit die Vereinbarkeit mit den erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätzen betroffen ist. So werden denn auch mindestens zwei bedeutende Probleme des Europäischen Haftbefehls praktisch nicht erörtert, obwohl sich dies aufgedrängt hätte: Zum einen fragt es sich, ob die auch vom *EuGH* gesehene mögliche unterschiedliche Auslegung des Katalogs der erfassten Straftaten in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht insofern zu einem Verstoß gegen das Legalitätsprinzip führen könnte, als eine Person nicht zwingend weiß, wegen welcher Straftaten sie im Aufenthaltsstaat verhaftet und an einen anderen Staat überstellt werden kann, ist es ihr doch nicht zumutbar, das Strafrecht aller Mitgliedstaaten im Einzelnen zu kennen. Es ist nämlich durchaus möglich, dass z.B. die „Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung“ im Mitgliedstaat A anders ausgelegt wird als im Mitgliedstaat B und ein bestimmtes Verhalten in dem einen Staat strafbar ist, in dem anderen hingegen nicht. Weiter setzt sich der *Gerichtshof* nicht mit der Frage auseinander, ob die mit dem Europäischen Haftbefehl verbundenen massiven Eingriffe in die Grundrechte der Betroffenen tatsächlich den hier maßgeblichen Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen entsprechen.

In den Rs. C-77/05⁶ und C-137/05⁷ ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Großbritannien ein „Beteiligungsrecht“ an auf Titel IV EG gestützten Rechtsakten⁸ hat, die

⁴ *EuGH*, EuZW 2007, 373 – Advocaten voor de Wereld.

⁵ ABl. 2002 L 190, 1.

⁶ *EuGH*, Rs. C-77/05, Urt. v. 18.12.2007 – Großbritannien/Rat.

⁷ *EuGH*, Rs. C-137/05, Urt. v. 18.12.2007 – Großbritannien/Rat.

⁸ Konkret ging es einerseits um die VO 2007/2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der EU-Mitgliedstaaten, ABl 2004 L 349, 1, und die VO

eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellen. Diese Problematik ist vor dem komplexen Hintergrund der Nichtbeteiligung Großbritanniens am „Schengen-Prozess“ und dessen Einbeziehung in den Besitzstand der Union sowie der dabei getroffenen, in Protokollen niedergelegten Sonderregelungen für Großbritannien zu sehen.⁹ Aus rechtlicher Sicht stand dabei das Verhältnis von Art. 4 und Art. 5 Schengen-Protokoll im Zentrum des Interesses: Während ersterer vorsieht, dass die Beteiligung von Großbritannien und Irland an Teile des bestehenden Schengen-Besitzstandes jederzeit beantragt und vom Rat einstimmig beschlossen werden kann, betrifft Art. 5 Schengen-Protokoll das Recht der genannten Staaten, sich an der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes zu beteiligen. Der *EuGH* hielt in Bezug auf das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen fest, dass ein „Beteiligungsrecht“ nach Art. 5 Schengen-Besitzstand nur für diejenigen „neuen“ Rechtsakte in Betracht komme, die eine Weiterentwicklung solcher Teile des Schengen-Besitzstandes darstellen, an die der beteiligungswillige Staat bereits gebunden ist. Denn eine Beteiligung an einer Weiterentwicklung setze „logischerweise“ die Billigung auch der Grundsätze bzw. der Rechtsakte voraus, auf denen sie beruht. Weiter entbehrte ansonsten Art. 4 Schengen-Protokoll jeglicher praktischer Wirksamkeit, da sich Großbritannien und Irland letztlich auch ohne eine Entscheidung des Rates an allen Vorschlägen und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstandes beteiligen könnten. Im Übrigen stellt der *EuGH* klar, dass die Frage, ob eine „Weiterentwicklung“ des Schengen-Besitzstandes vorliegt, nach denselben Kriterien wie diejenige nach der einschlägigen vertraglichen Rechtsgrundlage für den Erlass einer gemeinschaftliche Maßnahme zu beantworten sei. Nach einer eingehenden Erörterung von Inhalt und Zielsetzungen der zur Debatte stehenden Verordnungen kam der *EuGH* zum (überzeugenden) Schluss, dass deren Einordnung als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes zutreffend erfolgt war. Das Urteil impliziert insbesondere eine Einschränkung der „opt-in“-Möglichkeiten von Großbritannien und Irland, was im Hinblick auf die Kohärenz des Schengen-Besitzstandes – ebenso wie die grundsätzliche Auslegung des Verhältnisses der Art. 4, 5 Schengen-Protokoll – überzeugt. Zu begrüßen ist weiter die ausdrückliche Präzisierung der Kriterien, nach denen die Frage nach der Qualifizierung eines Rechtsakts als „Weiterentwicklung“ des Schengen-Besitzstandes zu beurteilen ist. Wie aber die in schöner Regelmäßigkeit wiederkehrenden gerichtlichen Auseinandersetzungen über die zutreffende Rechtsgrundlage der Sekundärrechtsakte zeigen, ist die Anwendung dieser Kriterien nicht immer einfach und insbesondere regelmäßig umstritten, so dass weitere Auseinandersetzungen zu erwarten sind.

In der Rs. C-440/05¹⁰ führt der *EuGH* seine Rechtsprechung zur Abgrenzung der im EG- und im EU-Vertrag enthaltenen Rechtsgrundlagen fort¹¹ und präzisiert insbesondere, dass der

2252/2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in Reisedokumenten, ABl. 2004 L 385, 1.

⁹ Hierzu im Einzelnen m.w.N. *Epiney*, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 103 (116 ff.).

¹⁰ *EuGH*, Rs. C-440/05, Urt. v. 23.10.2007 – Kommission/Rat.

Gemeinschaftsgesetzgeber zwar gestützt auf eine gemeinschaftliche Rechtsgrundlage (hier war Art. 80 Abs. 2 EG, Verkehrspolitik, relevant) einen Rechtsakt erlassen kann, der die Mitgliedstaaten zur Einführung auch strafrechtlicher Sanktionen im Falle der Nichtbeachtung der in einem Gemeinschaftsrechtsakt begründeten Pflicht verpflichtet. Allerdings könne in einem Gemeinschaftsrechtsakt nicht Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen geregelt werden, was jedoch in dem zur Debatte stehenden Rechtsakt¹² der Fall war. Da aber weite Teile des Beschlusses auch auf Art. 80 Abs. 2 EG hätten gestützt werden können und der Rechtsakt insgesamt unteilbar sei, wurde er insgesamt wegen Beeinträchtigung der der Gemeinschaft durch Art. 80 Abs. 2 EG zugewiesenen Zuständigkeit für nichtig erklärt. Damit bestätigt der *EuGH* den „Vorrang“ der Ersten gegenüber der Dritten Säule im Falle des Bestehens einer Kompetenz in der Ersten Säule. Der *EuGH* nimmt hingegen nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung, ob eine „Doppelabstützung“ auf Rechtsgrundlagen der Ersten und der Dritten Säule zulässig ist; diese Frage dürfte jedoch zu verneinen sein, denn sowohl die Rechtswirkungen der Handlungsinstrumente als auch die Befugnisse des *EuGH* unterscheiden sich doch teilweise erheblich, so dass eine Doppelabstützung nicht der in den Verträgen vorgesehenen Aufteilung der Kompetenzen zwischen EG und EU Rechnung trüge und zudem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führte.

2. Außenbeziehungen¹³

In der Rs. C-431/05¹⁴ präziserte der *EuGH* anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung¹⁵, dass im Falle von Gemischten Abkommen – wie dem TRIPs-Übereinkommen – abkommensrechtliche Maßnahmen bzw. Bestimmungen nur insoweit dem Gemeinschaftsrecht unterliegen, als es sich um Bereiche handelt, die in die gemeinschaftliche (Außen-) Kompetenz fallen. Dies hänge davon ab, ob die Gemeinschaft im Innern in diesem Bereich bereits Rechtsvorschriften erlassen hat. In Bezug auf die rechtliche Tragweite des TRIPs-Abkommens bedeute dies, dass im Falle des Bestehens einer gemeinschaftlichen Kompetenz die nationalen Vorschriften möglichst abkommenskonform auszulegen seien, während eine unmittelbare Wirkung ausgeschlossen sei. Sei jedoch eine gemeinschaftliche Kompetenz zu verneinen (wie im Falle des Patente betreffenden Art. 33 TRIPs-Übereinkommen), sei es den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie dieser Bestimmung unmittelbare Wirkung zuerkennen wollen. Das Urteil dürfte jedenfalls implizieren, dass bei

¹¹ S. bereits *EuGH*, Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879 – Kommission/Rat. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2006, 1244 f.

¹² Rahmenbeschluss 2005/667/JI zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, ABl. 2005 L 255, 164.

¹³ Vgl. im Übrigen *EuGH*, Rs. C-523/04, Urt. v. 24.4.2007 – Kommission/Niederlande: Bestätigung und teilweise Präzisierung der „open skies“-Urteile, zu diesen *Epiney*, NVwZ 2004, 555, 557 f.

¹⁴ *EuGH*, Rs. C-431/05, Urt. v. 11.9.2007 – Merck Genericos Produtos.

¹⁵ Vgl. insbesondere *EuGH*, Rs. C-53/96, Slg. 1998, I-3603 – Hermès; *EuGH*, verb. Rs. C-300/98, C-392/98, Slg. 2000, I-11307 – Dior.

gemischten Abkommen nur diejenigen Bestandteile der Abkommen als integrierende Bestandteile des Gemeinschaftsrechts anzusehen sind, die in die Kompetenz der Gemeinschaft fallen und daher nur in Bezug auf diese die „Attribute“ des Gemeinschaftsrechts – wie insbesondere Vorrang und Reichweite der unmittelbaren Anwendbarkeit – im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zum Zuge kommen. Immerhin kann diese „ausschließliche Zuständigkeit“ der EG auch nach der Ratifikation des Abkommens entstehen, berücksichtigt der *EuGH* im vorliegenden Urteil doch bei der Beurteilung dieser Frage auch nach der Ratifikation des TRIPs-Übereinkommens erlassene Sekundärrechtsakte. Weiter legen es die Formulierungen des *Gerichtshofs* nahe, dass zumindest in Bezug auf die im Urteil entschiedene Frage nicht die erschöpfende Regelung des entsprechenden Bereichs vorausgesetzt wird, sondern eine bestehende Regelung ausreicht, wobei jedoch unklar bleibt, wie weit die Gemeinschaftsregelungen gehen müssen. Daran anschließend fragt es sich, wie sich die in diesem Urteil angewandten Kriterien zu denjenigen verhalten, die für die Bestimmung einer ausschließlichen Kompetenz der Gemeinschaft für den Vertragsschluss ausschlaggebend sind: Hier stellt der *Gerichtshof* nämlich auf die erschöpfende Binnenregelung ab,¹⁶ was den Schluss nahe legen könnte, dass die Anforderungen an die Regelungstiefe und -dichte weitergehen als in Bezug auf eine Regelung, die für die Frage des Bestehens einer gemeinschaftlichen Kompetenz und damit die Integration der entsprechenden völkervertragsrechtlichen Bestimmung in die Gemeinschaftsrechtsordnung relevant ist. Weiter dürfte das Urteil eine Einschränkung bzw. Präzisierung des Grundsatzes der Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen¹⁷ implizieren, setzen letztere doch die Existenz einer Binnenregelung voraus. Schließlich impliziert die Rechtsprechung, dass diejenigen Abkommensbestimmungen, die in der gemeinschaftlichen Zuständigkeit liegen, keine unmittelbare Wirkung entfalten können, während anderen Bestimmungen, bei denen dies nicht der Fall ist, die aber ansonsten vergleichbar sind, eine solche zukommen kann. Je nachdem, wie weit der Gemeinschaftsgesetzgeber noch von seinen Kompetenzen Gebrauch macht, kann sich die aufgrund der Anwendung des nationalen Rechts ergebende unmittelbare Anwendbarkeit völkervertragsrechtlicher Bestimmungen im Laufe der Zeit ändern. Da die hierfür maßgeblichen Kriterien nicht in allen Punkten sehr klar sind, kann es für den Rechtsunterworfenen in Bezug auf die Rechte, auf die er sich direkt berufen kann, zu erheblichen Rechtsunsicherheiten kommen.

3. Staatshaftung¹⁸

¹⁶ Vgl. nur *EuGH*, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. I-1994, I-5267, Rn. 85 ff.

¹⁷ Grundlegend *EuGH*, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 – AETR. Hierzu etwa *Epiney*, *EuZW* 1999, 5 ff.

¹⁸ S. auch *EuGH*, Rs. C-278/05, *EuZW* 2007, 182 – Robins, wo der *EuGH* feststellte, dass Art. 8 RL 80/987 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (ABl. 1980 L 283, 2) den Mitgliedstaaten einen erheblichen Gestaltungsspielraum bezüglich der Umsetzung einräume, so dass eine hinreichend qualifizierte Verletzung des Gemeinschaftsrechts nur vorliege, wenn dieser Spielraum offenkundig und erheblich überschritten wird, was unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls

In der Rs. C-470/03¹⁹ wandte der *EuGH* die Grundsätze über die Staatshaftung²⁰ auf eine Konstellation an, in der ein Beamter durch eine dem Staat aufgrund der konkreten Umstände zurechenbare Äußerung, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstieß, einem Einzelnen Schaden zugefügt hatte. Konkret ging es um die Behauptung eines Beamten, bestimmte, von einer privaten Firma hergestellte Maschinen genügen nicht den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben über den Gesundheitsschutz, obwohl die Maschinen den einschlägigen Normen entsprachen und damit nach Art. 4, 5 der einschlägigen Richtlinie²¹ in Verkehr gebracht werden durften. Nach der Zusammenfassung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen solche Äußerungen dem Staat zurechenbar seien (wobei letztlich der nach Form und Umständen erweckte Eindruck des Handelns für den Staat ausschlaggebend sei) und der Feststellung, dass Art. 4 RL 98/37 dem Einzelnen Rechte verleihe, bejahte der *EuGH* im Ergebnis das Vorliegen der Voraussetzungen des Eintritts der Staatshaftung, wobei insbesondere der hinreichend qualifizierte Verstoß problematisch war: Dieser sei auch dann gegeben, wenn es um eine bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts gehe, sofern den Mitgliedstaaten ein erheblich verringerter oder auf null reduzierter Gestaltungsspielraum eingeräumt werde. Dies sei bei Art. 4 Abs. 1 RL 98/37 zu bejahen, da eine eventuelle Nichteinhaltung der Normen nach der Systematik der RL 98/37 lediglich durch die Einleitung des in Art. 7 RL 98/37 vorgesehenen Verfahrens überprüft werden könne.²² Der *EuGH* bejahte damit soweit ersichtlich zum ersten Mal ausdrücklich, dass auch das Verhalten eines einzelnen Beamten eine Staatshaftung auslösen kann. Die Implikationen dieses vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung konsequenten und nicht überraschenden Ansatzes sind beträchtlich: Denn damit haften die Staaten umfassend für ihnen zurechenbare Gemeinschaftsrechtsverstöße, sofern diese Bestimmungen betreffen, die wenig bzw. gar keinen Gestaltungsspielraum einräumen oder soweit dieser erheblich und offenkundig überschritten wurde. Letztere Voraussetzung dürfte auch dann vorliegen, wenn die Rechtsprechung des *EuGH* klar missachtet wird, so dass es von Vorteil für die Mitgliedstaaten ist, wenn sie ggf. darauf achten, dass die für sie handelnden Personen über ausreichende Kenntnisse im Gemeinschaftsrecht verfügen, kommt es doch für den Eintritt der Staatshaftung nicht auf ein Verschulden der handelnden Person an.

(insbesondere Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift und Umfang des Ermessensspielraums, Vorliegen eines vorsätzlichen Verstoßes, Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums und Verhalten der Gemeinschaftsorgane) zu bestimmen sei.

¹⁹ *EuGH*, EuZW 2007, 480 – A.G.M.-COS.MET.

²⁰ Grundlegend *EuGH*, Slg. 1991, I-5357 - Francovich; s. sodann insbesondere *EuGH*, Slg. 1996, I-1029 – Brasserie du pêcheur.

²¹ RL 98/37 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für Maschinen, ABl. 1998 L 207, 1.

²² Weiter stellte der *EuGH* fest, dass nationale Vorschriften über die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs jedenfalls nicht pauschal den Ersatz von anderen als Personen- oder Sachschäden ausschließen oder von Bedingungen abhängig machen dürfen, die den Ersatz des durch die Verletzung des Gemeinschaftsrechts entstandenen Schadens praktisch verunmöglichen.

4. Rechtsschutz

Wegweisende Aussagen zum Rechtsschutzsystem in der Dritten Säule finden sich in den Rs. C-354/04 P und C-355/04 P²³ im Zusammenhang mit dem Gemeinsamen Standpunkt betreffend u.a. die Liste von Personen, die des Terrorismus verdächtig sind. Zwar sei in der Dritten Säule keine Schadensersatzklage vorgesehen, so dass ein entsprechender Antrag zumindest unbegründet sei. Jedoch gewährleiste auch Art. 35 EU einen dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit entsprechenden Rechtsschutz; insbesondere sei die Befugnis des *EuGH* in Art. 35 Abs. 1 EU und in Art. 35 Abs. 6 EU auch dann gegeben, wenn es um in diesen Bestimmungen nicht genannte Gemeinsame Standpunkte gehe, sofern diese Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalteten. Denn Gemeinsame Standpunkte sollten nach der Systematik des Art. 34 EU eben gerade keine solchen Wirkungen zeitigen, weshalb sie vom Rechtsschutzsystem grundsätzlich nicht erfasst worden seien. Damit wird deutlich, dass der *EuGH* offenbar die materielle Tragweite eines solchen Rechtsakts für entscheidend erachtet, nicht hingegen seine Bezeichnung durch die EU-Organe, ein in jeder Hinsicht überzeugender Ansatz.

5. Zugang zu Dokumenten

Aus dem Berichtszeitraum sind insbesondere²⁴ drei Urteile zur VO 1049/2001²⁵ zu erwähnen:

- In der Rs. T-36/04²⁶ ging es um den Zugang zu Schriftsätzen der Kommission, die diese beim *Gerichtshof* in einer Reihe von Verfahren, insbesondere Vertragsverletzungsverfahren, eingereicht hat. Das *EuG* hatte den als „relativen Ausnahmetatbestand“ gefassten Art. 4 Abs. 2 2. Spiegelstrich auszulegen, wonach der Zugang zu einem Dokument verweigert wird, wenn dies der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung verlangt, es sei denn, es bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung. Ausgehend vom Grundsatz der engen Auslegung der Ausnahmen vom Zugangsrecht, dem grundsätzlichen Erfordernis einer konkreten Prüfung eines Antrags auf Zugang, der Notwendigkeit der Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Freigabe hält das *EuG* zunächst fest, dass der Zugang zu Schriftsätzen in einem laufenden Verfahren vor der mündlichen Verhandlung umfassend verweigert werden könne, damit ein faires Verfahren und so eine geordnete Rechtspflege garantiert und die Kommission nicht Einflüssen von außen ausgesetzt ist, so dass diesfalls die konkrete Prüfung jedes Dokuments nicht notwendig sei und der Zugang verweigert werden könne, da auch kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu erkennen sei. Hingegen sei die Kommission nach der mündlichen Verhandlung zu einer solchen konkreten Prüfung verpflichtet. Weiter könne der Zugang zu solchen Schriftsätzen im Falle eines bereits abgeschlossenen Verfahrens nicht global mit dem Hinweis auf ein neues hängiges Verfahren mit denselben Parteien verweigert werden. Im Falle abgeschlossener Verfahren

²³ *EuGH*, Rs. C-354/04 P, Urt. v. 27.2.2007, Amnistia u.a./Rat; *EuGH*, Rs. C-355/04, Urt. v. 27.2.2007 – Segi u.a./Rat.

²⁴ S. ansonsten noch *EuG*, Rs. T-264/04, Urt. v. 25.4.2007 – WWF/Rat: Anforderungen an die Begründung und Zugang nur zu existierenden Dokumenten. *EuGH*, Rs. C-266/05 P, Urt. v. 1.2.2007 – Sison: (großer) Gestaltungsspielraum der Organe bei den Ausnahmetatbeständen des Schutzes der internationalen Beziehungen. *EuG*, verb. Rs. T-3/00 und T-337/04, Urt. v. 27.11.2007 – Pitsiorlas/Rat und EZB: Voraussetzungen, unter denen ein Organ durch eine Täuschung in Bezug auf das Vorhandensein von Dokumenten gegen die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung und des Vertrauensschutzes, gegen die Begründungspflicht und das Recht auf Zugang zu Dokumenten verstößt, wobei letztlich die Anlegung einer gewissen Sorgfalt ausschlaggebend sein dürfte, Verstoß der EZB gegen die Begründungspflicht.

²⁵ Über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145, 43.

²⁶ *EuG*, Rs. T-36/04, Urt. v. 12.9.2007 – Association de la presse internationale (API).

könne grundsätzlich auch nicht der Schutz von Untersuchungstätigkeiten geltend gemacht werden. Im Wesentlichen entwickelt das *EuG* in diesem Urteil die bereits bislang erkennbare Linie einer – entgegen der Beteuerung des *Gerichts* – eher weiten Auslegung der Ausnahmetatbestände fort, impliziert das Urteil doch im Ergebnis den Grundsatz der Nichtzugänglichkeit von Stellungnahmen der Kommission während laufender Vertragsverletzungsverfahren (zumindest bis zur mündlichen Verhandlung), dies wohlgemerkt, ohne dass eine Einzelfallprüfung notwendig wäre. Jedenfalls vermag der Hinweis auf die geordnete Rechtspflege und den Schutz der Kommission vor Außeneinflüssen nicht zu überzeugen, ist doch nicht ersichtlich, warum diese Interessen regelmäßig bei Vertragsverletzungsverfahren betroffen sein sollen und regelmäßig das Zugangsinteresse überwiegen sollen, zumal die Ingangsetzung von Vertragsverletzungsverfahren sowieso veröffentlicht wird, so dass die vom *EuG* zugelassene „Globalberufung“ auf eine Zugangsverweigerung nicht überzeugt.

- Wegweisende Ausführungen zur Rolle der „Zustimmung“ der Mitgliedstaaten in den Fällen, in denen ein Dokument von ihnen stammt, machte der *EuGH* in der Rs. C-64/05 P²⁷: Die Mitgliedstaaten hätten nach Art. 4 Abs. 5 VO 1049/2001 in Bezug auf von ihnen stammende Dokumente gerade kein „absolutes“ Vetorecht, würde doch ansonsten die Effektivität des Zugangsrechts teilweise in Frage gestellt. Vielmehr sei die „vorherige Zustimmung“ in Art. 4 Abs. 5 VO 1049/2001 im Sinne einer „Art von Zustimmung zum Fehlen von Ausnahmegründen“ nach Art. 4 Abs. 1-3 VO 1049/2001 zu verstehen. Dies bedeute, dass das Organ und der Mitgliedstaat sich miteinander ins Benehmen setzen müssen, um die korrekte Anwendung der Ausnahmebestimmungen des Art. 4 VO 1049/2001 zu gewährleisten; allerdings sei der Zugangsantrag im Falle eines begründeten Widerspruchs seitens des Mitgliedstaates von dem Organ zwingend abzulehnen, wobei in der Begründung auf die von dem Mitgliedstaat geltend gemachten Gründe hinzuweisen ist. Damit geht es also gerade nicht um ein „Vetorecht“ der Mitgliedstaaten, die vielmehr vollumfänglich ebenfalls an die in der VO 1049/2001 vorgesehenen Ausnahmen gebunden sind, sondern lediglich um das Recht der Mitgliedstaaten, ihre Ansicht in Bezug auf die Auslegung der Ausnahmegründe durchsetzen zu können, wobei die entsprechende Entscheidung des Organs dann aber mit dem Argument des Verstoßes gegen die VO 1049/2001 angefochten werden kann.
- Die Rs. T-194/04²⁸ betraf die Auslegung des Ausnahmetatbestandes des Art. 4 Abs. 1 lit. b VO 1049/2001 (Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen), der als „absoluter“ Ausnahmetatbestand ausgestaltet ist, so dass der Zugang zu Dokumenten im Falle der Beeinträchtigung dieser Interessen zu verweigern ist. In dem Urteil stand der Zugang zu einem Protokoll über eine Sitzung betreffend die Gemeinschaftsrechtskonformität von ausschließlichen Bierlieferverträgen zur Debatte, wobei das *Gericht* ausführlich auf die einschlägigen datenschutzrechtlichen Regelungen Bezug nahm. Nach Auffassung des *EuG* ist dieser Ausnahmetatbestand nicht bereits dadurch betroffen, dass ein Dokument personenbezogene Daten (hier die Namen der Sitzungsteilnehmer, die bei der Herausgabe des Protokolls geschwärzt worden waren) enthalte, auch wenn berufliche Aktivitäten grundsätzlich nicht vom Begriff „Privatleben“ ausgenommen seien. Jedenfalls stelle die bloße Nennung des Namens in einer Teilnehmerliste an einem Treffen keine konkrete und tatsächliche Beeinträchtigung der Privatsphäre und der Integrität der Betroffenen dar. Ebensowenig habe die Kommission nachgewiesen, dass die Bekanntgabe der Namen ihre Untersuchungstätigkeiten – die bereits abgeschlossen waren – konkret und tatsächlich beeinträchtigte.

²⁷ *EuGH*, Rs. C-64/05 P, Urt. v. 18.12.2007 – Rechtsmittel von Schweden. S. auch das angefochtene Urteil *EuG*, Rs. T-168/02, Slg. 2004, II-4135 – Internationaler Tierschutzfonds. Zu diesem bereits die Kritik bei *Epiney*, NVwZ 2006, 407 (408 f.), der das Urteil des *EuGH* (teilweise) Rechnung trägt.

²⁸ *EuG*, Rs. T-194/04, Urt. v. 8.11.2007.

II. „Europäisches Verwaltungsrecht“²⁹

Grundlegende Fragen der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes – der schon deshalb von zentraler Bedeutung ist, weil er letztlich entscheidend dafür ist, ob Einzelne ihre gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte auch effektiv geltend machen können – werden in der Rs. C-432/05³⁰ aufgeworfen. Ausgehend von dem bereits in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, dass die den Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte in den Mitgliedstaaten einen effektiven Rechtsschutz genießen müssen, so dass die nationalen Rechtsordnungen ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen haben, mit dem die Wahrung der Rechte Einzelner gewährleistet werden kann, formulierte der *EuGH* bezüglich verschiedener Aspekte folgende Grundsätze:

- Erstens verlange es der Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nicht, dass es in den Mitgliedstaaten ein eigenständiges Verfahren gibt, mit dem die Prüfung der Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit gemeinschaftlichen Vorgaben geltend gemacht werden kann, sofern das nationale Recht andere Rechtsbehelfe kennt, die eine inzidente Prüfung dieser Frage ermöglichen sowie dem Diskriminierungs- und Äquivalenzprinzip genügen. Jedenfalls würde den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts jedoch dann nicht Rechnung getragen, wenn ein solcher Rechtsschutz erst im Gefolge eines Verstoßes gegen Straf- oder Verwaltungsvorschriften, die mit Sanktionen bewehrt sind, eröffnet ist. Dieser Grundsatz ist auch im Zusammenhang mit der (restriktiven) Rechtsprechung des *EuGH* in Bezug auf die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG zu sehen, wird dort doch gerade auf die nationalen Rechtsbehelfe verwiesen.³¹ Vieles spricht daher dafür, aus dem hier besprochenen Urteil (auch) abzuleiten, dass die nationalen Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit der inzidenten Geltendmachung der Nichtigkeit von Sekundärrechtsakten so ausgestaltet sein müssen, dass die Einzelnen nicht vorgängig zum Verstoß gegen diese „gezwungen“ werden, um Rechtsschutz zu

²⁹ S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-119/05, *EuZW* 2007, 511 – Lucchini (Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, die zur Unmöglichkeit der Rückforderung gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßender nationaler Beihilfen führt, mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts); *EuGH*, Rs. C-232/05, *Urt. v. 5.10.2007* – Kommission/Frankreich: Die Mitgliedstaaten seien verpflichtet, im Falle einer an sie gerichteten Entscheidung der Kommission, eine gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe zurückzufordern, die Durchführung dieser Entscheidung effektiv sicherzustellen, womit zumindest im Falle einer gewissen Verfahrensdauer eine aufschiebende Wirkung einer Beschwerde des betroffenen Unternehmens gegen den Rückforderungsbescheid nicht in Einklang stehe; dem Unternehmen stünde zur Geltendmachung der Rechtswidrigkeit der Kommissionsentscheidung die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG zur Verfügung, so dass diese nicht im nationalen Verfahren geltend gemacht werden könne. *EuGH*, Rs. C-441/06, *Urt. v. 18.10.2007* – Kommission/Frankreich (Verletzung der Mitwirkungspflicht aus Art. 10 EG im Zusammenhang mit der Rückforderung einer gegen Gemeinschaftsrecht verstoßenden staatlichen Beihilfe).

³⁰ *EuGH*, *EuZW* 2007, 247 – Unibet.

³¹ Vgl. *EuGH*, Rs. C-50/00 P, *Slg.* 2002, I-6677 – Union de Pequenos Agricultores.

erlangen. In vielen Mitgliedstaaten dürfte dieser Anforderung zumindest teilweise nicht entsprochen werden.

- Zweitens – und insofern auf einer Linie mit den bereits bislang in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen³² – müsse die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes möglich sein, soweit der Erlass solcher Maßnahmen notwendig ist, um die Wirksamkeit einer späteren Gerichtsentscheidung über die Vereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten.
- Drittens seien in den Fällen, in denen die Vereinbarkeit einer nationalen Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage steht, für den Erlass vorläufiger Maßnahmen die Kriterien des nationalen Rechts – die allerdings dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz entsprechen müssen – heranzuziehen, dies im Gegensatz zu den Konstellationen, in denen es um die Aussetzung der Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften geht, für die einheitliche Regeln gelten, die denen entsprechen, die für die Aussetzung der Vollziehung durch Gemeinschaftsgerichte gelten. Diese grundsätzlich überzeugende Differenzierung – wäre es doch mit einem einheitlichen effektiven Rechtsschutz in allen Mitgliedstaaten schwerlich vereinbar, wenn für die Aussetzung der Anwendung von Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Regeln gälten – zieht die Konsequenz nach sich, dass es in den Mitgliedstaaten in der Regel zu zwei unterschiedlichen Regimen bezüglich des vorläufigen Rechtsschutzes kommt, je nachdem, ob die Anwendung nationalen Rechts oder die Anwendung von Gemeinschaftsrecht ausgesetzt wird.

Gegenstand der Rs. C-158/06³³ war die Rückforderung von zu Unrecht gewährten Beiträgen aus gemeinschaftlichen Fonds von der Endbegünstigten durch die zuständige mitgliedstaatliche Stelle. Diese habe grundsätzlich nach den im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten zu erfolgen, wobei allerdings das Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip zu wahren sei, die Mitgliedstaaten hierbei aber auch den Grundsatz der Rechtssicherheit berücksichtigen könnten. Dieser könne jedenfalls dann zum Zuge kommen, wenn ein gutgläubiger Endbegünstigter keine (rechtzeitige) Kenntnis von Bedingungen für die Zuschüsse hatte, die in einer an den Mitgliedstaat gerichteten Entscheidung enthalten waren. Da in einem solchen Fall die Verunmöglichung der Rückzahlung der Zuschüsse auf ein Versäumnis der nationalen Behörden zurückzuführen sei, hafte der Mitgliedstaat in Anwendung des Art. 10 EG für diese Beträge. Der zuletztgenannte Aspekt des Urteils impliziert letztlich, dass die Mitgliedstaaten in all denjenigen Fällen, in denen sie durch ihr Verhalten – wobei dieses offenbar noch nicht einmal rechtswidrig sein muss, sondern ein „Versäumnis“ ausreichen soll – einen (finanziellen) Schaden der Gemeinschaft verursachen, für diesen der Gemeinschaft gegenüber aufzukommen haben. Damit fällt die

³² S. insbesondere *EuGH*, Rs. C-226/99, Slg. 2001, I-277 – *Factortame*.

³³ *EuGH*, *EuZW* 2007, 438 – *Stichting ROM-projecten*.

mitgliedstaatliche Haftung in solchen Fällen sehr weit aus, wobei jedoch immerhin in den Fällen, in denen ein Unterlassen der Rückforderung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zulässig ist, eine Haftung ausgeschlossen sein dürfte. Jedenfalls sind die Mitgliedstaaten aber verpflichtet, alle Möglichkeiten der Rückforderung auszuschöpfen und das Gemeinschaftsinteresse hinreichend zu berücksichtigen; unterläuft hier ein Fehler, dürfte sich aus dem Urteil in der Rs. C-158/06 ergeben, dass eine Haftung des betreffenden Mitgliedstaats eintritt. Es ist überraschend, dass der *EuGH* diesen bedeutenden Grundsatz letztlich quasi nebenbei formulierte, obwohl die Konsequenzen – wie skizziert – beachtlich und auch die genauen tatbestandlichen Voraussetzungen für eine solche aus Art. 10 EG abgeleitete Haftung der Mitgliedstaaten teilweise unklar sind.

III. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot³⁴

In den verb. Rs. C-11/06 und C-12/06³⁵ ging es um die einschlägigen Regelungen des deutschen BAföG, wonach ein Vollstudium im Ausland nur für in Deutschland wohnhafte Studenten – die täglich zur ausländischen Ausbildungsstätte pendeln – oder im Falle der Forstsetzung eines mindestens einjährigen Studiums an einer deutschen Hochschule unterstützt werden kann. Der *EuGH* schloss auf die Unvereinbarkeit dieser Regelungen mit Art. 17, 18 EG, dies nach der (wenig überraschenden) Feststellung, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege, gehe es doch um ein Studium im Ausland, und dass sich Unionsbürger auch gegenüber ihrem eigenen Staat auf Art. 18 EG berufen könnten, wenn dieser ihre Freizügigkeit beschränkt. Dies sei hier in der Form einer Art „Wegzugsbeschränkung“ gegeben, da die deutsche Regelung aufgrund der mit ihr einhergehenden Unannehmlichkeiten, zusätzlichen Kosten sowie möglichen Verzögerungen des Studiums geeignet sei, die in Deutschland ansässigen Bürger davon abzuhalten, ein

³⁴ Vgl. darüber hinaus *EuGH*, Rs. C-50/06, Urt. v. 7.6.2007 – Kommission/Niederlande: Die RL 64/221 sei auch auf Unionsbürger, die sich nicht rechtmäßig in einem (anderen) Mitgliedstaat aufhalten, anzuwenden, ein Grundsatz, der sich auf die RL 2004/38 übertragen lässt. S. ansonsten – im Zusammenhang mit Fragen der sozialen Sicherheit – *EuGH*, Rs. C-287/05, Urt. v. 11.9.2007 – Hendrix: grundsätzliche Vereinbarkeit mit Art. 18, 39 sowie den einschlägigen sekundärrechtlichen Bestimmungen einer „Wohnsitzklausel“ als Voraussetzung für den Bezug einer beitragsunabhängigen Leistung der sozialen Sicherheit, falls Ausnahmen möglich sind. Vgl. im Übrigen in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung in der RL 2000/78 (ABl. 2000 L 303, 16) *EuGH*, Rs. C-411/05, EuZW 2007, 762 – Palacios: Vereinbarkeit des „Zwangsruhestandes“ mit 65 Jahren, da diese Alterdiskriminierung durch das legitime Ziel einer besseren Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen gerechtfertigt sei, wobei der *EuGH* den Mitgliedstaaten hier einen ausgesprochen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Aufgrund der alleinigen Anwendung der RL 2000/78 nimmt der *Gerichtshof* jedoch nicht auf einige umstrittene Aussagen in *EuGH*, Rs. C-144/04, Slg. 2005, 9981 – Mangold, Bezug, wenn auch aus dem Urteil hervorgehen dürfte, dass der *Gerichtshof* den weiten Gestaltungsspielraum auch auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung erstrecken dürfte, vgl. so auch *Sagan*, EuZW 2007, 765 (766). S. sodann *EuGH*, Rs. C-307/05, EuZW 2007, 770 – del Cerro Alonso (Auslegung der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse, ABl. 1999 L 175, 43, in Bezug auf eine Ungleichbehandlung bei Dienstalterzulagen).

³⁵ *EuGH*, EuZW 2007, 767 – Morgan.

Studium im Ausland aufzunehmen. Eine Rechtfertigung aus den von Deutschland geltend gemachten Gründen – Gewährung des BAföG nur für geeignete Studierende, Ermöglichung der Überprüfung (für die Studierenden) der „richtigen Wahl“ des Studienfaches, Förderung des Auslandsstudiums im Falle der Rückkehr von Studierenden nach Deutschland, Verhinderung der Kumulierung von Ausbildungsförderungen sowie Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des BAföG – für das Erfordernis einer mindestens einjährigen Ausbildung in Deutschland komme für die drei erstgenannten Gründe schon deshalb nicht in Betracht, weil die Maßnahme zur Verfolgung der angestrebten Zielsetzung nicht geeignet sei bzw. nicht im Zusammenhang mit derselben stehe. Was den letztgenannten Grund anbetrifft, sei es zwar „legitim“, dass ein Mitgliedstaat Studienbeihilfen nur solchen Studierenden gewährt, die nachgewiesen haben, dass sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates „integriert“ haben, um eine übermäßige Belastung des Systems mit Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Studienbeihilfen zu verhindern.³⁶ Diese Erwägungen könnten auch für die Gewährung von Studienbeihilfen an Studierende, die ein Studium in anderen Mitgliedstaaten absolvieren, zum Zuge kommen. Allerdings seien die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren, die in Deutschland aufgewachsen waren und dort ihre Schulzeit verbracht hatten, dort jedenfalls hinreichend integriert, so dass das Erfordernis einer ersten Ausbildungsphase in Deutschland zu „allgemein und einseitig“ sei, da allein dieser Gesichtspunkt für den Grad der Integration nicht zwingend aussagekräftig sei, so dass die Maßnahme nicht erforderlich sei. Dieses Urteil schränkt den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Kriterien, die für die Gewährung von Ausbildungsbeihilfen zum Zuge kommen können, weiter ein:

- Erstens kommt es auf tatbestandlicher Ebene für die Anwendbarkeit gemeinschaftlicher Vorgaben nicht – im Gegensatz zu Art. 12 EG – auf den Nachweis einer Diskriminierung an; ebensowenig muss die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts nachgewiesen werden. Vielmehr reicht es bereits aus, dass die Ausgestaltung der nationalen Ausbildungsförderung die in Art. 18 EG gewährleistete Freizügigkeit beschränken kann, wobei – entsprechend der Situation bei den Grundfreiheiten – die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen beschränkenden Wirkung ausschlaggebend ist.
- Zweitens dürfte das Urteil den Schluss nahe legen, dass das finanzielle Gleichgewicht des Ausbildungsförderungssystems als Rechtfertigungsgrund nur im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer gewissen Integration der Antragsteller im Ausbildungsbeihilfe gewährenden Mitgliedstaat geltend gemacht werden kann; m.a.W. werden die Kriterien, die die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems für die Versagung des Anspruchs heranziehen können, entsprechend beschränkt. Insbesondere kann der Ausbildungsort als solcher

³⁶ Dies im Anschluss an *EuGH*, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar. Zu diesem Urteil bereits *Epiney*, NVwZ 2006, 1244 (1247).

keinesfalls eine Rolle spielen, so dass die Mitgliedstaaten für in ihrer Gesellschaft integrierte Personen die Ausbildungsförderung für Studien im In- oder Ausland umfassend gleich behandeln müssen.

- Offen bleiben nach wie vor die genauen Anforderungen, die die Mitgliedstaaten in Bezug auf eine „Integration“ der antragstellenden Person stellen können, wobei bemerkenswert ist, dass der *Gerichtshof* nicht (mehr) auf den denkbar unscharfen und juristisch nicht aussagekräftigen Begriff der „gewissen finanziellen Solidarität“ der Mitgliedstaaten³⁷ zurückgreift, was schon insofern überzeugt, als dieser zur Rechtfertigungsproblematik eigentlich nichts beiträgt.

IV. Grundfreiheiten

1. Freier Warenverkehr³⁸

Die Rs. C-170/04³⁹ betraf die Vereinbarkeit des schwedischen Verbots für Private, Alkoholika einzuführen, mit Art. 28 EG, eine Regelung, die im Zusammenhang mit dem in Schweden geltenden Einzelhandelsmonopol für Alkoholika zu sehen ist.⁴⁰ Nachdem der *EuGH* festgestellt hatte, dass diese Regelung – da sie nicht das Bestehen oder die Funktionsweise des Monopols betreffe – am Maßstab des Art. 28 EG, und nicht des Art. 31 EG, zu prüfen sei, verneinte er eine Rechtfertigung dieser als eine Beschränkung des freien Warenverkehrs anzusehenden Maßnahme: Denn sie sei weder geeignet noch erforderlich, um die Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes zu verfolgen. Zwar könne eine solche Maßnahme eine gewisse Reduktion des Alkoholkonsums aufgrund geringerer Verfügbarkeit nach sich ziehen; allerdings stelle die Maßnahme letztlich eine Begünstigung des Vertriebskanals des Monopolbetriebs (Systembolag) dar, da dieser die Lieferung von Alkoholika aus nicht näher spezifizierten Gründen ablehnen könne und von dieser Ablehnungsmöglichkeit nicht wegen

³⁷ Vgl. diesen Begriff in *EuGH*, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar.

³⁸ S. auch *EuGH*, Rs. C-143/06, EuZW 2008, 30 – Ludwigs-Apotheke München: Ein Werbeverbot für in einem Mitgliedstaat nicht zugelassene Arzneimittel, die dennoch über Einzelbestellungen der Apotheker vertrieben werden dürfen, könne grundsätzlich aus Gründen des Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen gerechtfertigt werden, da auf diese Weise der Ausnahmecharakter der vorgesehenen Genehmigung gestärkt werde; allerdings sei eine Erstreckung des Verbots auf die Übermittlung von Listen, aus denen sich keine Informationen über die therapeutische Wirkung von Medikamenten ergeben, nicht erforderlich, da damit nicht geworben werden könne und eine Steigerung der Einfuhren daher unwahrscheinlich sei. *EuGH*, Rs. C-254/05, Urt. v. 7.6.2007 – Kommission/Belgien: Unvereinbarkeit einer belgischen Produktzulassungsregelung mit Art. 28 EG wegen Unverhältnismäßigkeit. *EuGH*, Rs. C-319/05, EuZW 2008, 56 – Kommission/Deutschland: Die Verpflichtung, ein Knoblauchpräparat vor dem Inverkehrbringen einem Genehmigungsverfahren zu unterwerfen, sei nicht mit Art. 28 EG vereinbar, da die Gesundheitsgefahren nicht hinreichend nachgewiesen worden seien und jedenfalls eine geeignete Etikettierungspflicht ein milderer Mittel darstelle. Damit dürfe der *Gerichtshof* den Mitgliedstaaten hier einen denkbar engen Gestaltungsspielraum zugestehen.

³⁹ *EuGH*, EuZW 2007, 401 – Rosengren.

⁴⁰ Dieses Monopol ist nach der Rechtsprechung mit Art. 31 EG vereinbar, *EuGH*, Rs. C-189/95, Slg. 1997, I-5909 – Franzén.

einer bestimmten Obergrenze für die bestellte Alkoholmenge Gebrauch gemacht werde, so dass die Auswirkungen dieser Maßnahme auf den Alkoholkonsum eher beiläufig seien. In Bezug auf den Jugendschutz gehe die Maßnahme schon deshalb über das zur Verfolgung des angestrebten Zwecks Erforderliche hinaus, weil allen Personen die Einfuhr verboten werden; auch sei die Identitätskontrolle beim Vertrieb durch das Systembolag nicht in allen Fällen lückenlos gewährleistet, so dass auch für die Einfuhr ein mindestens ebenso wirksames Mittel gefunden werden könne. Bemerkenswert ist dieses Urteil des *EuGH* insbesondere wegen der äußerst engmaschigen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die in dieser Form nicht in allen Urteilen des *EuGH* zu finden ist.⁴¹ Ein möglicher Hintergrund für diese könnte der Umstand sein, dass hinter dem Einfuhrverbot letztlich die Funktionsfähigkeit des Einzelhandelsmonopols stand und dass das Verbot nicht etwa für alle, sondern nur für Privatpersonen galt, so dass es letztlich gar nicht so sehr um den Alkoholkonsum, denn um die Stellung des Systembolag ging. Gleichwohl bleibt auch nach diesem Urteil die Frage, wie weit die Schranken des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums in solchen und anderen Fällen zu ziehen sind und welche Kriterien hierfür letztlich maßgeblich sind.

2. *Freizügigkeit der Arbeitnehmer*

In der Rs. C-40/05⁴² stand eine schwedische Regelung zur Debatte, wonach im Hinblick auf die Deckung des Bedarfs an qualifizierten Lehrern der Zugang zu einer entsprechenden Aus- bzw. Weiterbildung grundsätzlich nur solchen Personen offenstand, die ihrerseits an einer Schule in Schweden angestellt sind, weshalb einem in Finnland an einer schwedischen Schule angestellten Lehrer mit schwedischer Staatsangehörigkeit der Zugang verweigert wurde. Nachdem der *EuGH* das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs und die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 12 EG im Anschluss an die ständige Rechtsprechung⁴³ bejaht hatte, prüfte er die nationale Regelung – ohne nähere Begründung – ausschließlich am Maßstab des Art. 39 EG, obwohl der Zugang zu einer (Berufs-) Ausbildung in Frage stand. Offenbar war für den *Gerichtshof* entscheidend, dass diese Ausbildung, die nur an bestimmten Hochschulen angeboten wird, sozusagen unmittelbar zur Qualifikation für eine unbefristete Anstellung als Lehrer führt und letztlich nur Personen offen steht, die bereits (in einem befristeten Arbeitsverhältnis) als Lehrer tätig und damit als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EG anzusehen sind. Ein weiteres Element dürfte der Umstand sein, dass auf diese Weise Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit durch eine Anstellung in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt hatten, benachteiligt sind, so dass auf diese Weise die Ausübung der

⁴¹ S. z.B. *EuGH*, Rs. C-388/95, Slg. 2000, I-3123 – Belgien/Spanien; *EuGH*, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 – Läära.

⁴² *EuGH*, EuZW 2007, 254 – Lyyski.

⁴³ *EuGH*, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593 – Gravier; *EuGH*, Rs. C-147/03, Slg. 2005, I-5969 – Kommission/Österreich.

Freizügigkeit beeinträchtigt wird bzw. werden kann. Jedenfalls könne der mit dieser Maßnahme – die punktueller Natur war – einhergehende Eingriff in Art. 39 EG grundsätzlich durch das Anliegen der Erhaltung und Verbesserung des Bildungssystems gerechtfertigt werden, da die Regelung einem unbestrittenen Lehrermangel Abhilfe schaffen solle und die praktische Ausbildung einen wesentlichen und vorgeschriebenen Teil der Gesamtausbildung darstelle; diese sei in einer schwedischen Schule leichter zu überwachen und zu bewerten. Allerdings hänge die Frage, ob die Maßnahme tatsächlich erforderlich ist, von den genauen Anforderungen hinsichtlich des praktischen Abschnitts der Ausbildung ab, die der *EuGH* nicht abschließend beurteilen konnte, wobei er immerhin ernste Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme für den Fall anmeldete, dass jeder an einer schwedischen Schule angestellte Lehrer zugelassen wird, während dies für an Schulen im Ausland angestellte Lehrer nie der Fall sei. Von Bedeutung ist das Urteil insbesondere vor dem Hintergrund, als es einmal mehr verdeutlicht, dass Zulassungsbeschränkungen an Universitäten grundsätzlich nicht diskriminierend auszugestalten sind mit der Folge, dass grundsätzlich alle Unionsbürger an allen in der Union gelegenen Hochschulen unter gleichen Voraussetzungen zugelassen werden müssen. Dieser bislang in der Rechtsprechung lediglich in Bezug auf staatliche Hochschulen entwickelte Grundsatz dürfte angesichts der Bejahung der Drittwirkung des Art. 39 EG jedenfalls für diskriminierende Maßnahmen⁴⁴ auch für private Hochschulen gelten. Im Übrigen führt die im vorliegenden Urteil zugrunde gelegte weite Auslegung des Schutzbereichs des Art. 39 EG dazu, dass jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen auch nicht diskriminierende Zulassungsbeschränkungen am Maßstab des Gemeinschaftsrechts geprüft werden können, ist Art. 39 EG doch als Beschränkungsverbot auszulegen.

Wie der *EuGH* in der Rs. C-208/05⁴⁵ feststellte, ist eine Beschränkung der Erstattung einer Vermittlungsgebühr für eine private Arbeitsvermittlung durch eine nationale Behörde auf die Fälle, in denen die vermittelte Stelle in dem betreffenden Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtig ist (was jedenfalls Beschäftigungen in anderen Mitgliedstaaten ausschließt), mit Art. 39, 49 EG unvereinbar, wobei sich auch der Arbeitsvermittler selbst auf Art. 39 EG berufen könne, da nur auf diese Weise die Effektivität des Art. 39 EG gewährleistet werden könne.⁴⁶ Die aufgrund der „abschreckenden“ Wirkung der fehlenden Erstattung in Bezug auf das Antreten einer Stelle im Ausland zu bejahende Beschränkung des Art. 39 EG könne nicht durch Anliegen der Verringerung der Arbeitslosigkeit, des Schutzes der nationalen Sozialversicherungssysteme oder den Schutz des nationalen Arbeitsmarktes gegen den Verlust von Fachkräften gerechtfertigt werden, da eine Gefährdung dieser Interessen bzw. die Eignung der Maßnahme zu ihrem Schutz nicht dargetan worden sei und jedenfalls die Erforderlichkeit zu verneinen sei, da eine solche Maßnahme letztlich zur „Negierung“ der in Art. 39 EG verankerten Freizügigkeit führe. Bei letzterer Erwägung dürfte es hingegen weniger um die Erforderlichkeit der Maßnahme, denn um die Frage, ob der „Wesensgehalt“ einer Grundfreiheit ausgehöhlt werden darf, gehen; jedenfalls legen die Erwägungen des *EuGH* es nahe, dass diesem Gesichtspunkt eine gewisse Bedeutung zukommt und jeweils bei der Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit den gemeinschaftlichen Grundfreiheiten zu prüfen ist,⁴⁷ wobei es hier wohl weniger um eine „absolute“ Schranke denn um eine Ausprägung einer Prüfung

⁴⁴ *EuGH*, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4161 – Angonese.

⁴⁵ *EuGH*, EuZW 2007, 220 – ITC.

⁴⁶ S. insoweit auch schon *EuGH*, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 – Clean Car, wonach sich auch der Arbeitgeber auf Art. 39 EG berufen kann.

⁴⁷ S. in diesem Zusammenhang auch *EuGH*, Rs. C-408/03, EuZW 2006, 410 – Kommission/Belgien, wo der *EuGH* im Zusammenhang mit Art. 18 EG auf den „Wesensgehalt“ des dort garantierten Freizügigkeitsrechts verweist.

der Verhältnismäßigkeit i.e.S. gehen dürfte.⁴⁸ Interessant sind sodann die Ausführungen des *Gerichtshofs* zur Dienstleistungsfreiheit, hinsichtlich des grenzüberschreitenden Bezugs (für die Rechtfertigung wird auf die Erwägungen zu Art. 39 EG verwiesen): Für dessen Vorliegen reicht es nach Ansicht des *Gerichtshofs* nämlich aus, dass ein im Inland tätiger Arbeitsvermittler einem im Inland ansässigen Arbeitssuchenden eine Stelle im Ausland vermittelt, womit die Tendenz in der Rechtsprechung zur Herabsetzung der Anforderungen an das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs bestätigt wird,⁴⁹ dürfte es doch danach ausreichen, dass „irgendein“ Element des Ausgangssachverhalts einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist.

In der Rs. C-213/05⁵⁰ und in der Rs. C-212/05⁵¹ ging es um die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68, wonach ein Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer genießt. In der zuerst genannten Rechtssache kam der *Gerichtshof* – entgegen den Anträgen von GA *Geelhoed* – zum Schluss, dass diese Bestimmung die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, einer Person eine soziale Vergünstigung wie das deutsche Erziehungsgeld nicht zu gewähren, wenn diese lediglich eine sehr geringfügige Tätigkeit in dem jeweiligen Mitgliedstaat ausübt, den Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt aber in einem anderen Mitgliedstaat hat. Denn die zwar gegebene mittelbare Diskriminierung sei aufgrund des Fehlens einer ausreichend ins Gewicht fallenden Erwerbstätigkeit und einer damit einhergehenden fehlenden hinreichend engen Bindung zur deutschen Gesellschaft gerechtfertigt. In der zweitgenannten Rechtssache hingegen stellte der *EuGH* fest, dass bei einem „echten“ Grenzgänger – der also im Aufnahmestaat einer ins Gewicht fallenden Erwerbstätigkeit nachgeht, aber in einem anderen Mitgliedstaat wohnt – eine soziale Vergünstigung wie das Erziehungsgeld auszurichten sei, liege hier doch ein maßgeblicher Beitrag zum deutschen Arbeitsmarkt vor.⁵²

Diese Aussagen des *Gerichtshofs* erinnern an die Problematik der Rechtfertigung der Verweigerung des Zugangs von Unionsbürgern zu bestimmten Sozialleistungen im Rahmen des Art. 12 EG: Auch hier stellt der *EuGH* zumindest bei gewissen Konstellationen auf die „Integration“ der jeweiligen Person in den Mitgliedstaat ab.⁵³ Letztlich geht es denn auch um strukturell parallele Probleme, nämlich die Frage, ob und inwieweit der Zugang zu Sozialleistungen im Falle des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung gerechtfertigt werden kann. Man wird aus der Rechtsprechung verallgemeinernd den Grundsatz ableiten können, dass zwar der Wohnsitz allein regelmäßig keinen Rechtfertigungsgrund darstellen kann, dass aber eine gewisse Integration bzw. eine hinreichend enge Bindung an den jeweiligen Mitgliedstaat, für deren Vorliegen dann der Wohnsitz ein Kriterium neben anderen bilden kann, als Rechtfertigungsgrund in Frage kommt. Aufgrund der Offenheit derartiger Erwägungen kann es aber im Einzelfall sehr schwierig sein, im Vorfeld zu bestimmen, ob eine Verletzung des jeweiligen Diskriminierungsverbots zu bejahen ist oder nicht.

In der Rs. C-291/05⁵⁴ leitet der *EuGH* aus Art. 39 EGV ein voraussetzungsloses Rückkehrrecht eines (ehemaligen) Wanderarbeitnehmers in seinen Herkunftsstaat sowie das Recht, seine Familienangehörigen in entsprechender Anwendung des Art. 10 VO 1612/68 „nachzuziehen“ ab. Denn die bloße Aussicht für den Arbeitnehmer, dass er nach seiner Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat ein Zusammenleben mit nahen Angehörigen, das etwa durch Heirat oder Familienzusammenführung im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommen worden war, nicht fortsetzen könnte, könne eine abschreckende Wirkung in Bezug auf die Wahrnehmung des in Art. 39 EGV verankerten Freizügigkeitsrechts entfalten. Damit impliziert das Urteil, dass all diejenigen Familienangehörigen, mit denen der betreffende (ehemalige) Wanderarbeitnehmer im Aufnahmestaat gelebt hat, auch ein entsprechendes voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht im Herkunftsstaat genießen. Immerhin wird man aus dem Urteil auch ableiten können, dass diese Nachzugsrechte – abgeleitet letztlich aus der Effektivität des Art. 39 EGV – nicht weiter gehen können als diejenigen für Arbeitnehmer auf der Grundlage der VO 1612/68.

⁴⁸ Vgl. auch schon *Epiney*, NVwZ 2006, 1012 (1017).

⁴⁹ Vgl. schon *EuGH*, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 – Carpenter; *EuGH*, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613-Garcia Avello.

⁵⁰ *EuGH*, EuZW 2007, 576 – Wendy Geven.

⁵¹ *EuGH*, EuZW 2007, 549 – Hartmann.

⁵² In diesem zweiten Fall ist auch noch von Bedeutung, dass der *EuGH*, im Anschluss an *EuGH*, Rs. C-152/03, Slg. 2006, I-1712 – Ritter-Coulais, präzisierte, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt bereits dann vorliege, wenn eine Person immer in einem bestimmten Mitgliedstaat berufstätig war, dann aber (nur) den Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, so dass sie als Wanderarbeitnehmer im Sinne der VO 1612/68 anzusehen ist. Damit bedarf es für die Bejahung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts letztlich keiner grenzüberschreitenden Ausübung der durch die jeweilige Grundfreiheit gewährten Rechte.

⁵³ Vgl. *EuGH*, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2006, 1244 (1247 f.).

⁵⁴ *EuGH*, Rs. C-291/05, Urt. v. 11.12.2007 – *Eind*. S. in diesem Zusammenhang auch *EuGH*, Rs. C-1/05, Urt. v. 9.1.2007 – *Jia* (rechtmäßiger Aufenthalt als Voraussetzung für die Berufung auf Art. 10 VO 1612/68 im Falle einer rechtmäßigen Einreise nicht notwendig).

3. Freiheit des Dienstleistungsverkehrs⁵⁵

In den Rs. C-76/05⁵⁶ und C-318/05⁵⁷ ging es um eine deutsche Regelung, wonach Schulgeldzahlungen an Schulen in einem anderen EU-Mitgliedstaat – im Gegensatz zu Zahlungen an Schulen im Inland – nicht als einkommenssteuermindernd berücksichtigt werden können. Aus rechtlicher Sicht stehen drei Problemkreise im Zentrum des Interesses:

- In einem ersten Schritt bejahte der *Gerichtshof* – im Anschluss an seine Rechtsprechung⁵⁸ und unter Hinweis darauf, dass das in Art. 49 EG vorausgesetzte Entgelt auf eine wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung Bezug nehme – das Vorliegen einer Dienstleistung für den Fall von Unterricht an Bildungseinrichtungen, die im Wesentlichen aus privaten Mitteln finanziert werden, dies im Gegensatz zu Leistungen des staatlichen Bildungssystems, mit dem keine gewinnbringende Tätigkeit verfolgt werde. Unerheblich sei, ob die Bildungseinrichtung durch die Schüler bzw. ihre Eltern finanziert werde, da die Dienstleistung nicht von demjenigen bezahlt werden müsse, dem sie zugute kommt. Nicht ganz klar ist damit, ob eine Gewinnerzielungsabsicht für die Bejahung einer Dienstleistung gegeben sein muss, was gerade bei Privatschulen, die sich nicht nur durch Schulgeld, sondern auch (ggf. hauptsächlich) aus anderen Quellen (Stiftungen usw.) finanzieren, nicht zwingend der Fall ist. Trotz der in dieser Hinsicht missverständlichen Formulierung des *Gerichtshofs* dürfte diese Frage zu verneinen sein, denn maßgeblich ist das Vorliegen eines Entgelts, das an sich schon den wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit begründet. Weiter dürfte aus dem Urteil zu schließen sein, dass es bei der Frage, ob die Angebote einer Bildungsstätte eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EG darstellen oder nicht, ausschließlich auf die private Organisation, nicht hingegen auf die Höhe des Schulgelds ankommt, da eine Dienstleistung auch Dritten zugute kommen kann; damit sind ggf. Zuwendungen von Stiftungen zugunsten einer Schule als Entgelt im Sinne des Art. 49 EG anzusehen. Damit wird also eine private anders als eine staatliche Finanzierung

⁵⁵ S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus *EuGH*, Rs. C-444/05, *EuZW* 2007, 339 – Aikaterini Stamatelaki (Erstattungspflicht der Kosten für eine medizinische Behandlung in einer in einem anderen Mitgliedstaat situierten Privatklinik); *EuGH*, Rs. C-507/03, *EuZW* 2008, 23 – Kommission/Irland (Anwendbarkeit der Art. 43, 49 EG in Bezug auf die Ausschreibung öffentlicher Aufträge im Falle der Nichtanwendbarkeit der in den entsprechenden Richtlinien enthaltenen Verfahrensvorgaben und des Vorliegens einer grenzüberschreitenden Bedeutung); *EuGH*, Rs. C-281/06, *Urt. v. 18.12.2007* – Jundt (Anwendbarkeit des Art. 49 EG auf eine Lehrtätigkeit an einer Universität, auch wenn diese nur nebenamtlich und quasi ehrenamtlich ausgeübt wird, Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das Entgelt für Lehrtätigkeiten an inländischen und an ausländischen Universitäten steuerlich gleich zu behandeln); *EuGH*, Rs. C-465/05, *Urt. v. 13.12.2007* – Kommission/Irland (Verstoß verschiedener Aspekte der italienischen Regelungen betreffend private Wachpersonen und Sicherheitsunternehmen gegen Art. 49 EG).

⁵⁶ *EuGH*, *EuZW* 2007, 601 – Schwarz.

⁵⁷ *EuGH*, Rs. C-318/05, *Urt. v. 11.9.2007* – Kommission/Deutschland.

⁵⁸ *EuGH*, Rs. C-109/92, *Slg.* 1993, I-6447, Rn. 17 – Wirth.

behandelt, wobei die Gründe hierfür offenbar im staatlichen Bildungsauftrag liegen, angesichts der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 49 EG auch auf staatliche Leistungen ein nicht ganz unproblematischer Ansatz, zumal dieser für andere staatliche Leistungen – etwa Zutritt zu Museen – nicht durchgehalten wird, qualifiziert der *EuGH* die Leistungen der Museen doch als Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrages,⁵⁹ obwohl auch hier – insofern parallel zu staatlichen Bildungseinrichtungen – eine staatliche Aufgabe wahrgenommen wird.

- Eine Beschränkung des Art. 49 EG liege schon deshalb vor, weil die fragliche Regelung aufgrund des nicht möglichen steuerlichen Abzugs die in Deutschland wohnhaften Steuerpflichtigen davon abhalten könne, ihre Kinder in Privatschulen in einen anderen Mitgliedstaat zu schicken.
- Eine Rechtfertigung sei nicht ersichtlich: Erstens handle es sich nicht um eine „Subventionierung“ ausländischer Schulen, sondern lediglich um eine steuerliche Vergünstigung. Zweitens könne die Anerkennung von Privatschulen in Deutschland schon deshalb nicht angeführt werden, weil das Gesetz für diese keinerlei Kriterien aufstelle, so dass ausländische Schulen allein wegen ihrer Situierung im Ausland nicht erfasst werden könnten. Man wird daraus ableiten können, dass im Falle der Formulierung solcher Kriterien diese auch die Anerkennung im Ausland situierter Schulen ermöglichen müssen, so dass „objektive“ Kriterien, die an die Schule selbst, nicht an ihre Situierung, anknüpfen, aufzustellen wären. Drittens sei die Vermeidung einer Verringerung des Steueraufkommens kein zwingender Grund des Allgemeininteresses. Schließlich könne auch nicht geltend gemacht werden, dass die Abzugsfähigkeit eine übermäßige finanzielle Belastung für Deutschland darstelle, die die Qualität des gesamten Bildungsangebots in Frage stellen könnte,⁶⁰ denn als milderes Mittel habe jedenfalls die Beschränkung der Abzugsfähigkeit auf dasselbe Niveau wie für Schulgelder, die im Inland situierten Schulen zugute kommen, zur Verfügung gestanden.

Weiter bejahte der *EuGH* für den Fall, dass Art. 49 EG mangels des Vorliegens einer Dienstleistung nicht einschlägig ist, eine Beschränkung der in Art. 18 EGV garantierten Freizügigkeit für Unionsbürger: Denn sie führe dazu, dass den betroffenen Kindern die Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts erschwert werde. Der *EuGH* stellt hier also auf das Vorliegen einer Beschränkung ab, wobei seine Formulierungen die Annahme nahe legen, dass hier ähnliche Maßstäbe zum Zuge kommen sollen wie bei der Feststellung einer Beschränkung im Rahmen der Grundfreiheiten.

Der *EuGH* stellt mit diesen Urteilen auch das Verhältnis des Art. 18 EG zu Art. 49 EG (wobei diese Erwägungen auch für Art. 39, 43 EG gelten⁶¹) im Anschluss an die Rs. C-92/01⁶² und C-208/05⁶³ klar: Art. 49 EG stelle eine

⁵⁹ So offenbar *EuGH*, Rs. C-45/93, Slg. 1994, I-911 – Kommission/Spanien.

⁶⁰ So die Erwägungen der Bundesrepublik Deutschland unter Bezugnahme auf *EuGH*, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar.

⁶¹ Ausdrücklich für Art. 39 EG *EuGH*, Rs. C-392/05, Urt. v. 26.4.2007 – Alevizos, Rn. 66. In diesem Urteil stellte der *EuGH* im Übrigen auch ausdrücklich klar, dass in Bezug auf Art. 39 Abs. 4 EG (Bereichsausnahme der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung) der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Zuge kommt. Nicht ganz klar in dieser Hinsicht noch *EuGH*, Rs. C-47/02, Slg. 2003, I-10447 – Anker, hierzu bereits *Epiney*, NVwZ 2004, 1067 (1073).

⁶² *EuGH*, Rs. C-92/01, Slg. 2003, I-1291, Rn. 18 – Stylianakis.

„besondere Ausprägung“ des Art. 18 EG dar, so dass letzterer im Falle der Einschlägigkeit des Art. 49 EG für einen bestimmten Sachverhalt nicht heranzuziehen sei. Dies ist insofern zu begrüßen, als auf diese Weise für einen Sachverhalt entweder eine Grundfreiheit oder Art. 18 EG herangezogen werden kann, ein Grundsatz, der auch im Verhältnis von Art. 12 EG zu den Grundfreiheiten vollumfänglich zum Zuge kommen sollte.⁶⁴ Trotz der in der jüngeren Rechtsprechung festzustellenden Annäherung der rechtlichen Tragweite des Art. 18 EG einerseits und der Grundfreiheiten andererseits⁶⁵ kann diese Frage angesichts der für die Personenverkehrsfreiheiten – im Gegensatz zu Art. 18 EG – geltenden sog. Bereichsausnahmen (Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung und Ausübung öffentlicher Gewalt, Art. 39 Abs. 4, 45 EG) von erheblicher praktischer Bedeutung sein.

In der Rs. C-490/04⁶⁶ stellte der *EuGH* die Unvereinbarkeit von § 3 Abs. 2 des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes – der nur die im Ausland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen verpflichtet, nicht nur Beginn und Dauer der Arbeitnehmerüberlassung, sondern auch den Einsatzort und jeden Wechsel dieses Ortes zu melden – mit Art. 49 EG fest: Es handle sich hier um eine nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf ihren Ursprung anwendbare (also offenbar um eine direkt diskriminierende) Maßnahme, die nur durch die in Art. 46 EGV aufgeführten Gründe gerechtfertigt werden könne, von denen keiner im Betracht komme. Hingegen sei die Pflicht der ausländischen Arbeitgeber, bestimmte Dokumente zu übersetzen und auf der Baustelle des Aufnahmestaates bereitzuhalten, gerechtfertigt, dienten sie doch der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben. Weiter habe die Kommission nicht nachgewiesen, dass § 1 Abs. 3 AEntG – der ausländische Arbeitgeber verpflichtet, Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen, es sei denn, sie würden zu Beiträgen zu einer vergleichbaren Einrichtung an ihrem Sitz herangezogen werden – gegen Art. 49 EG verstoße; insbesondere sei nicht nachgewiesen, dass diese Bestimmung in der Praxis nicht gemeinschaftsrechtskonform angewandt werde, wobei auch die Heranziehung von Verwaltungsabkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Systemen zur Sicherung des bezahlten Urlaubs zu berücksichtigen seien. Interessant ist an dieser zuletzt genannten Erwägung insbesondere, dass der *EuGH* sich hier nicht auf eine wörtliche Analyse des Gesetzestextes beschränkt, sondern auch die Möglichkeit deren gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung einbezieht, dies im Gegensatz zu manchen älteren Urteilen, in denen maßgeblich auf den reinen Wortlaut abgestellt wurde.⁶⁷ Zwar mag dies der Rechtssicherheit nicht immer zuträglich sein; gleichwohl erscheint es aber sinnvoll, nur in den, wenn auch mitunter schwer eingrenzbaren, Fällen, von einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts auszugehen, in denen unter Berücksichtigung eines möglichen

⁶³ *EuGH*, Rs. C-208/05, Urt. v. 11.1.2007, Rn. 64, EuZW 2007, 220 – ITC.

⁶⁴ Die neuere Rechtsprechung des *EuGH* geht denn auch in diese Richtung (vgl. aus dem Berichtszeitraum m.w.N. auf die ältere Rechtsprechung *EuGH*, Rs. C-40/05, EuZW 2007, 254, Rn. 33 - Lyyski), wenn auch noch gelegentlich Art. 12 EG neben den Grundfreiheiten herangezogen wird (vgl. z.B. *EuGH*, Rs. C-45/93, Slg. 1994, I-911 – Kommission/Spanien).

⁶⁵ Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney*, NVwZ 2007, 1012 (1017 f.).

⁶⁶ *EuGH*, EuZW 2007, 540 – Kommission/Deutschland.

⁶⁷ Vgl. *EuGH*, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 – Kommission/Deutschland; *EuGH*, Rs. C-273/90, Slg. 1992, I-5973 – Kommission/Deutschland.

Auslegungsspielraums der Gesetzeswortlaut keine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zulässt oder ein Gesetz gemeinschaftswidrig angewandt wird.⁶⁸

In den verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04⁶⁹ ging es um die Vereinbarkeit der italienischen Regelungen über gewisse Glücksspiele mit Art. 49, 43 EG. Deren Organisation und das Sammeln von gewissen Wetten war Personen mit einer Konzession (deren Zahl begrenzt war und die durch Ausschreibungen vergeben wurden, an denen nur bestimmte Wirtschaftsteilnehmer teilnehmen konnten) vorbehalten und bedurfte einer polizeilichen Genehmigung, wobei die Nichtbeachtung dieser Regelungen strafrechtlich sanktioniert wurde. Zwar könne ein Konzessionssystem der Vorbeugung von Betrugereien dienen; doch könne das Ziel der Erhöhung von Staatseinnahmen kein zwingendes Allgemeininteresse darstellen. Die konkrete Prüfung der Verhältnismäßigkeit verwies der *EuGH* an das nationale Gericht zurück. Jedenfalls sei der Ausschluss von Kapitalgesellschaften, deren Anteile auf reglementierten Märkten gehandelt werden, wegen fehlender Erforderlichkeit mit Art. 43, 49 EG unvereinbar. Verallgemeinernd wird man aus diesem Urteil – das übrigens klarstellen dürfte, dass die Glücksspielpolitik in einem Mitgliedstaat immer gesamthaft zu betrachten ist – schließen können, dass den Mitgliedstaaten zwar in Bezug auf das totale Verbot gewisser Glücksspiele ein gewichtiger Gestaltungsspielraum zusteht,⁷⁰ es ihnen hingegen grundsätzlich verwehrt ist, derartige Glücksspiele nur gewissen Anbietern vorzubehalten. Denn solche Maßnahmen genügen in der Regel nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da derartige Beschränkungen nicht grundsätzlich etwas an der Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch solche Spiele ändern, es sei denn, sie verminderten tatsächlich die Gelegenheiten zum Spiel und begrenzten die Tätigkeiten in diesem Bereich „kohärent und systematisch“. Damit wird der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten insoweit erheblich eingeschränkt, was auf der Linie des Urteils in der Rs. C-243/01⁷¹ liegt.⁷² Allerdings dürfte die „Zurückweisung“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung an das nationale Gericht dazu führen, dass die vom *EuGH* entwickelten Kriterien in einzelnen Mitgliedstaaten gleichwohl unterschiedlich angewandt werden (können).

4. Niederlassungsfreiheit⁷³

In der Rs. C-438/05⁷⁴ bejahte der *EuGH* die Drittwirkung des Art. 43 EG im Falle von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit eines Unternehmens, die durch eine kollektive Maßnahme (wie einen Streik im Hinblick auf die Erzwingung des Abschlusses eines bestimmten Tarifvertrages) einer Gewerkschaft verursacht werden, was letztlich mit dem Grundsatz der Effektivität begründet wird. Der Umstand, dass es dabei um die Ausübung des Streikrechts – das als Grundrecht anzusehen sei – gehe, ändere hieran nichts, wobei aber eine Rechtfertigung in Frage komme. Denn die Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, könne ein berechtigtes Interesse darstellen, das

⁶⁸ Weiter betonte der *EuGH* in Bezug auf die Zulässigkeit der Klage, dass der Umstand, dass die Klageerhebung durch die Kommission mehr als sechs Jahre gedauert habe, grundsätzlich nicht zu ihrer Unzulässigkeit führe, da Art. 226 EG keine Frist vorsieht, so dass eine Klage nur dann unzulässig sei, wenn eine zu lange Dauer des Vorverfahrens dazu führe, dass der betroffene Staat die Vorwürfe der Kommission nur schwerer oder aber gar nicht mehr widerlegen könnte und damit in seinen Verteidigungsrechten verletzt wäre, was von dem betroffenen Mitgliedstaat nachzuweisen sei.

⁶⁹ *EuGH*, EuZW 2007, 209 – Placanica.

⁷⁰ Dienten solche Verbote doch zwingenden Gründen des Allgemeinwohls wie Verbraucherschutz, Betrugsvorbeugung und Verhinderung von Überschuldung, vgl. *EuGH*, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 – Schindler; *EuGH*, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 – Läärä.

⁷¹ *EuGH*, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031 – Gambelli.

⁷² S. in diesem Zusammenhang zu den Implikationen dieses Urteils für die Regelung des Glücksspielwesens in Deutschland die Ausführungen von *Reichert/Winkelmüller*, EuZW 2007, 214 (215).

⁷³ S. aus dem Berichtszeitraum ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-456/05, Urt. v. 6.12.2007 – Kommission/Deutschland (Verstoß der deutschen Bestandsschutzregeln für Psychotherapeuten gegen Art. 43 EG).

⁷⁴ *EuGH*, Rs. C-438/05, Urt. v. 11.12.2007 – International Transport Workers Federation.

eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermöge, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten sei. Keiner Rechtfertigung zugänglich sei jedoch das „isolierte“ Ziel – im Zusammenhang mit dem Kampf gegen Billigflaggen – der Verhinderung der Registrierung von Schiffen in einem anderen Staat als in dem, dessen Staatsangehörigkeit die wirtschaftlichen Eigentümer dieser Schiffe besitzen.

Das Urteil ist mindestens in dreierlei Hinsicht von großer Bedeutung:

- Erstens wird die Möglichkeit der Drittwirkung nunmehr auch in Bezug auf Art. 43 EG bejaht,⁷⁵ womit ein weiterer Schritt hin zur „Konvergenz“ der Grundfreiheiten getan wurde, ist doch Art. 43 EG auch in dieser Beziehung parallel zu den übrigen Personenverkehrsfreiheiten auszulegen. Ob und inwieweit auch Art. 28 EG Drittwirkung zukommt, ist nach wie vor nicht eindeutig geklärt; die Rs. C-265/95⁷⁶ dürfte eher ein Indiz für eine Verneinung dieser Frage sein, bejahte der *EuGH* hier doch eine Vertragsverletzung Frankreichs wegen Nichteinschreitens gegen private „Störer“, so dass sich eine Drittwirkung aus dem Urteil jedenfalls nicht ableiten lässt. Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass der *EuGH* in der Rs. C-438/05 zur Bestätigung der Drittwirkung des Art. 43 EG genau auf dieses Urteil verweist und davon spricht, dass Beschränkungen auch nichtstaatlichen Ursprungs sein könnten. Dabei dürften die besseren Gründe gegen eine Drittwirkung jedenfalls des Art. 28 EG sprechen, sind dem Vertrag doch im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr spezifische Pflichten der Privaten zu entnehmen (Art. 81 ff. EG).
- Zweitens bezieht sich die hier bejahte Drittwirkung „einfach“ auf eine private Organisation (die Gewerkschaft), der als solcher keine Regelungsfunktion zukommt, dies etwa im Gegensatz zu Sportverbänden. Es ist davon auszugehen, dass diese Ausdehnung der Drittwirkung jedenfalls auch in Bezug auf Art. 39, 49 EG anwendbar ist, so dass die Personenverkehrsfreiheiten umfassend zumindest in Bezug auf kollektiv handelnde Personengruppen Drittwirkung entfalten und diese verpflichten, und zwar auch in Bezug auf Beschränkungen, nicht nur in Bezug auf Diskriminierungen.
- Drittens ist nun – in Verbindung mit der Rs. C-341/05⁷⁷ – auch ausdrücklich klargestellt, dass sich Gewerkschaften umfassend an die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten zu

⁷⁵ Vgl. in Bezug auf Art. 39 und 49 EG nur *EuGH*, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 – Walrave und Koch; *EuGH*, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman.

⁷⁶ *EuGH*, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 – Kommission/Frankreich.

⁷⁷ *EuGH*, Rs. C-341/05, Urt. v. 18.12.2007 – Laval UN Partneri, in dem der *EuGH* die Einschlägigkeit des Art. 49 EG auf kollektive Maßnahmen von Gewerkschaften bejaht. Weiter stellt er fest, dass ein durch solche Maßnahmen ausgelöster Druck, einem Tarifvertrag beizutreten, der günstigere Bedingungen als in der sog. Entsenderichtlinie (RL 96/71) zwingend vorgesehen enthält, die Durchführung von (Bau-) Arbeiten in dem jeweiligen Gebiet weniger attraktiv mache, so dass Art. 49 EG beschränkt werde. Solche kollektiven Maßnahmen könnten jedoch dann nicht durch das Allgemeininteresse des Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt werden, wenn die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistungserbringer die in der RL 96/71 enthaltenen Mindestanforderungen beachten, lege doch die RL 96/71 den Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz im Aufnahmemitgliedstaat fest. Weiter hält der *EuGH* fest, dass das Verbot für Gewerkschaften, kollektive Maßnahme zu ergreifen mit dem Ziel, einen zwischen Dritten geschlossenen Tarifvertrag aufzuheben

halten haben und insbesondere dann von kollektiven Maßnahmen absehen müssen, wenn die Mindestvoraussetzungen der Entsenderichtlinie (RL 96/71) eingehalten sind. Offen bleibt auf der Grundlage des Urteils jedoch nach wie vor, ob und inwieweit die im Rahmen des Art. 39 EG für Diskriminierungen bejahte Drittwirkung auch in Bezug auf einzelne Private⁷⁸ bei den anderen Personenverkehrsfreiheiten ebenfalls zum Zuge kommt und auch auf Beschränkungen Anwendung findet. Ebenso noch ungeklärt sind eine Reihe von „Folgenproblemen“ des Ansatzes einer umfassenderen Drittwirkung, insbesondere diejenige nach der Reichweite der möglichen Rechtfertigungsgründe.

V. Gleichbehandlung von Mann und Frau⁷⁹

In der Rs. C-300/06⁸⁰ ging es um eine Vergütungsregelung des Landes Berlin, wonach Überstunden von Teilzeitangestellten im Ergebnis bis zur Erreichung einer Gesamtarbeitszeit, die 100 % entspricht, schlechter vergütet werden als Überstunden von Vollzeitangestellten, da der niedrigere Satz der Vergütung von Überstunden in jedem Fall bei Überschreiten der individuellen Arbeitszeit zur Anwendung kommt. Da eine solche Regelung eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts darstelle, falls erheblich mehr Frauen als Männer in Teilzeit beschäftigt sind, müsse sie diesfalls durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein; solche seien nicht ersichtlich, wobei diese Frage aber durch das nationale Gericht zu prüfen sei. Das Urteil überrascht zunächst insofern, als der *EuGH* ohne jegliche Problematisierung und ohne Bezugnahme auf abweichende Definitionen im Sekundärrecht bei der Frage nach dem Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung auf rein quantitative Kriterien abstellt, obwohl gute Gründe gegen einen solchen Ansatz und für das Abstellen auf das Vorliegen einer Gefahr der Benachteiligung von Angehörigen eines Geschlechts sprechen,⁸¹ wenn auch in der Sache im Ausgangsfall wohl jedenfalls eine indirekte Diskriminierung zu bejahen ist. Die Implikationen des Urteils dürften kaum zu überschätzen sein, führt es doch letztlich dazu, dass die gerade im Schulbereich gängige Besoldungsmethode, die letztlich von Teilzeitbeschäftigten eine Art „Sonderopfer“ verlangt, unzulässig sein dürfte, mit erheblichen Kostenfolgen für die öffentliche Hand. Dies ändert aber nichts daran, dass die (insgesamt recht knappe) Argumentation des *EuGH* im Ergebnis überzeugend ist, ist doch kein Grund ersichtlich, warum eine vollzeitbeschäftigte Lehrperson

oder zu ändern, nicht auf Tarifverträge, für die das nationale Recht anwendbar ist, beschränkt werden darf.

⁷⁸ *EuGH*, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4161 – Angonese.

⁷⁹ S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-227/04 P, Urt. v. 11.9.2007: Verstoß höherer versicherungsmathematischer Werte für Frauen als für Männer bei der Übertragung der Ruhegehaltsansprüche der Frauen auf das gemeinschaftliche System mit der Folge der Anrechnung weniger ruhegehaltstfähiger Dienstjahre als für Männer gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung.

⁸⁰ *EuGH*, EuZW 2008, 60 – Voß.

⁸¹ Hierzu im Einzelnen m.w.N. *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 75 ff.

für die gleiche Arbeit mehr verdienen soll als eine teilzeitbeschäftigte, die aufgrund von (mitunter regelmäßigen) Überstunden auf dieselbe Stundenzahl kommt. Der EuGH stellt insofern überzeugend und anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung⁸² auf die Gleichbehandlung bei gleicher Zahl geleisteter Arbeitsstunden ab, ohne dass es auf die individuelle „Regelarbeitszeit“ ankommt.

In der Rs. C-116/06 stand die Frage zur Debatte, ob es mit Art. 2 RL 76/207⁸³ und der RL 92/85 über den Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz⁸⁴ vereinbar ist, wenn einer Arbeitnehmerin die Modifikation des Zeitraums ihres bereits bewilligten Erziehungsurlaubs verweigert wird, obwohl die Arbeitnehmerin für denselben Zeitraum aufgrund einer erneuten Schwangerschaft Mutterschaftsurlaub geltend machen könnte. Nachdem der *EuGH* klargestellt hatte, dass auch eine sich im Erziehungsurlaub befindende Person Arbeitnehmerin im Sinne des Gemeinschaftsrechts ist, verneinte der *EuGH* diese Frage: Denn eine Schwangerschaft führe zu einer wesentlichen Änderung der Lebensbedingungen, und bei anderen unvorhersehbaren Ereignissen mit vergleichbaren Wirkungen, wie eine schwere Erkrankung des Kindes oder des Ehegatten oder einer Scheidung, sei eine solche Modifikation möglich, so dass eine (unmittelbare) Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts vorliege. Nicht ausdrücklich beantwortet hat der *EuGH* damit die Frage, ob eine Unvereinbarkeit mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch dann zu bejahen wäre, wenn keine Diskriminierung vorläge, die Modifikation des Zeitraums des Erziehungsurlaubs aber beantragt wird, um eine Überschneidung mit dem Mutterschaftsurlaub zu vermeiden. Die Formulierungen des *EuGH* im Tenor legen aber eine Bejahung dieser Frage nahe, zumal auch Sinn und Zweck des Erziehungsurlaubs, sich intensiv um das Kind zu kümmern, zumindest gegen Ende der Schwangerschaft und einige Zeit nach der Geburt eines zusätzlichen Kindes nicht mehr (vollumfänglich) erreicht werden könnte.

Wie der *Gerichtshof* unter Bezugnahme auf den Effektivitätsgrundsatz in der Rs. C-460/06⁸⁵ feststellte, erstreckt sich der Kündigungsschutz für Schwangere nach Art. 10 RL 92/85 auch auf Maßnahmen zur Vorbereitung einer Kündigung. Weiter sei eine auf der Schwangerschaft und/oder der Geburt eines Kindes beruhende Kündigungsentscheidung jedenfalls eine verbotene (unmittelbare) Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, auch wenn sie nach Ablauf der in der RL 92/85 vorgesehenen Schutzzeit mitgeteilt wird.

⁸² *EuGH*, Slg. 1994, I-5727 – Helmig, wonach keine Ungleichbehandlung vorliege, wenn ein Überstundenzuschlag erst bei Überschreiten der tarifvertraglich festgelegten Regelarbeitszeit gezahlt wird. S. auch *EuGH*, Slg. 2004, I-5861 – Elsner-Lakeberg.

⁸³ Gleichbehandlungsrichtlinie. Diese Richtlinie wird nunmehr durch die zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204, 23, abgelöst. In Bezug auf die in der Rs. C-116/06 relevante Frage der Auslegung des Diskriminierungsverbots ergibt sich aber im Verhältnis zur Rechtslage unter der RL 76/207 keine Modifikation.

⁸⁴ ABl. 1992 L 348, 1.

⁸⁵ *EuGH*, Rs. C-460/06, Urt. v. 11.10.2007 – Paquay.